

# LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE DE CONSUMO. ESTUDIO COMPARADO: ESPAÑA-PORTUGAL

MIGUEL ÁNGEL MORENO NAVARRETE

Profesor de Derecho Civil  
Universidad de Granada (España)

## EXCEROTOS

*“La necesidad de vinculación jurídica del acuerdo determina que el trabajo del mediador se amolde a los principios e instituciones del derecho, pues, de otro modo, estaríamos ante la transacción tradicional, en el que las personas, en orden a su autonomía, reordenaban sus potestades, facultades y pretensiones en aras de la evitación del proceso, independientemente de la razón jurídica (justicia) de una y otra parte”*

*“La mediación persigue el fin de la controversia, a partir de la cesión del interés de cada parte, constituyéndose, en adelante, en interés compartido de las partes. Es una consecuencia de la libertad individual o, más concretamente, de la libertad negocial, con los límites que la propia ley impone y el principio de la buena fe, frente al abuso del derecho. La mediación, en definitiva, es una decisión rogada de la parte”*

*“Técnicamente, la primera acción del mediador deberá corresponderse con la realización a las partes de la siguiente pregunta: ¿de qué trae causa su derecho o pretendido derecho?”*

*“En cuanto a su estatuto jurídico, los mediadores serán profesionales independientes y habilitados para prestar el servicio de mediación, de acuerdo con los principios de imparcialidad, independencia, credibilidad, competencia, confidencialidad y diligencia profesional”*

*“El arbitraje de consumo, se configura como el arbitraje institucional de resolución extrajudicial, de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales, en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor”*

El presente trabajo es fruto de la estancia de investigación tutelada por el Dr. Mário Frota en la Associação Portuguesa de Direito do Consumo en la ciudad de Coimbra (Portugal). Desde aquí agradezco sus enseñanzas y felicito a todos los que componen la APDC por su magnífico trabajo en pro de los derechos de los consumidores.

## 1. Introducción

Con este estudio, se pretende poner en valor los sistemas normativos vigentes en materia de mediación y arbitraje de consumo en España y Portugal a partir de su estudio comparado, con especial incidencia en las especialidades de cada uno, lo cual engrandece, sin duda, la posibilidad de profundizar en la protección de los consumidores.

No existen grandes diferencias entre el ordenamiento jurídico español y portugués, debido al tronco común que nos une, no solo por razones histórico-jurídicas, sino por la unificación que se produce a partir de la aplicación de las normas comunitarias y la pretendida unificación europea del derecho de consumo.

En la actualidad, a nivel europeo, se prepara la aprobación de la Diretiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, por la que se modifica el Reglamento (CE) 2006/2004 y la Diretiva 2009/22/CE (directiva sobre RAL en materia de consumo) (COM(2011)0793 – C7-0454/2011 – 2011/0373(COD)); en la actualidad, por versión consolidada en virtud de Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2013.

Por su parte, en España, la protección de los consumidores se concreta en un norma general, que viene a contemplar diversas leyes especiales por transposición de diferentes directivas. En cuanto a la mediación y arbitraje de consumo, existe un texto general relativo a la mediación (Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles), el cual excluye expresamente, inexplicablemente, la mediación de consumo; y, una norma especial, relativa exclusivamente a la resolución alternativa de conflictos de consumo.

En general, la protección de los consumidores en Portugal se concreta en la *Lei 24/1996*, de 31 de julio, la cual establece el régimen legal aplicable en defensa de los consumidores, la cual, en su artículo 10, se contiene la acción inhibitoria destinada a prevenir, corregir o hacer cesar cualquier práctica

lesiva de los derechos del consumidor; además de la acción de reparación de daños, del artículo 12.

La regulación de la resolución alternativa de conflictos se contiene en la *Lei 63/2011*, de 14 de diciembre, la cual incluye tres vías: la mediación, la conciliación y el arbitraje.

## 2. Sobre la naturaleza jurídica de la mediación

La mediación no es simplemente poner de acuerdo a dos sujetos o partes en un conflicto de índole jurídico. La necesidad de vinculación jurídica del acuerdo determina que el trabajo del mediador se amolde a los principios e instituciones del derecho, pues, de otro modo, estaríamos ante la transacción tradicional, en el que las personas, en orden a su autonomía, reordenaban sus potestades, facultades y pretensiones en aras de la evitación del proceso, independientemente de la razón jurídica (justicia) de una y otra parte.

La verdadera mediación requiere un ajuste de los derechos en aras del interés particular común de las partes, utilizando las técnicas de interpretación y aplicación de la norma habituales en la resolución de conflictos de intereses, como se hace por los jueces; además de preservar el interés general (paz social).

La mediación no debe tender a cualquier acuerdo. En este sentido, no puede perseguirse el incumplimiento total o parcial de los deberes de los sujetos, sobre todo, con el exclusivo argumento de una justicia lenta y costosa. Es, en la actualidad, la gran oportunidad de la justicia privada, en definitiva de la libertad individual; pero ello no quiere decir, la gran oportunidad del incumplimiento, de la indeterminación de los derechos o de la inseguridad jurídica. Las bases y fundamentos deben de ser claros, explícitos.

Por ello, nos extraña que todos los impulsos legislativos en torno a la solución alternativa de conflictos, se circunscriban al procedimiento o el estatuto del mediador, dejando el fondo o materia, a alusiones simples, como que los acuerdos deban de ser “conformes a derecho”; tampoco es suficiente que el acuerdo, de alguna manera, quede supeditado a la revisión judicial en el ámbito de la ejecución.

La normativa sobre mediación debe determinar los principios que en cada materia rigen en nuestro sistema; así, por ejemplo: en materia de familia, deberá prevalecer los principios de igualdad de los cónyuges e interés de la familia y del menor; en el tráfico jurídico, el principio de la buena fe, de equilibrio de las prestaciones, de protección de los consumidores, etc.; en materia de daños, del principio “nadie puede dañar a otro”.

De otro modo, la mediación no producirá en los justiciables la suficiente confianza, se convertirá en un método residual, distante de los sujetos.

La mediación persigue el fin de la controversia, a partir de la cesión del interés de cada parte, constituyéndose, en adelante, en interés compartido de las partes. Es una consecuencia de la libertad individual o, más concretamente, de la libertad negocial, con los límites que la propia ley impone y el principio de la buena fe, frente al abuso del derecho. La mediación, en definitiva, es una decisión rogada de la parte.

La mediación exige siempre un estado previo de controversia entre las partes, en definitiva un estado de incertidumbre de cada una, sobre que es “lo suyo”, en términos de justicia.

De acuerdo con la doctrina de la res dubia, la incertidumbre puede tener su origen en la propia voluntad de la norma jurídica (*iussum*) la cual atiende, de acuerdo con la generalidad y universalidad que pretende, todas las situaciones de hecho, que en ocasiones, se separan de la experiencia jurídica concreta (*ordo*). Por tanto, la incertidumbre se traduce en falta de seguridad “en torno al problema de saber si una determinada relación jurídica es o no regulada por el derecho, y en caso afirmativo, en que forma y hasta qué límites” (GULLÓN).

A partir de las doctrinas sobre la transacción (entre otros, VALSECCHI, GIORGIANNI), la incertidumbre puede ser objetiva o subjetiva. La incertidumbre objetiva se concreta en la duda sobre la existencia propia del derecho. Su remedio tradicional ha sido la acción declarativa o pretensión de declaración del derecho en el proceso (justicia rogada) a partir de datos fácticos que acreditan la existencia de la relación jurídica y por tanto, del derecho pretendido. En este sentido, el justiciable tiene una expectativa de hecho sobre el derecho, frente a otro que lo ostenta. Realmente, no hay incertidumbre sobre el derecho, sino sobre los hechos, actos o negocios que originan el derecho. De esta forma, el objeto de la mediación se convierte en el estudio de los hechos, actos o negocios jurídicos que son causa suficiente para constituir el derecho subjetivo. En estos casos, se produce gran controversia, en cuanto la afirmación del derecho para uno conlleva la negación para la otra parte.

Las soluciones mediadoras son complejas, de tal forma, que solo se nos antoja, para su resolución, cierta contraprestación de una parte a otra.

Técnicamente, la primera acción del mediador deberá corresponderse con la realización a las partes de la siguiente pregunta: ¿de qué trae causa su derecho o pretendido derecho?

### 3. ¿Es el juez el mejor mediador? La experiencia de los Juzgados de Paz en Portugal

Sobre la cuestión si es el juez el mejor mediador, la respuesta no es baladí, la afirmación de la misma (seguramente será la postura que adoptarían la mayoría de jueces, en el sentido de que la mediación evita los tediosos trámites procesales en relación con la necesaria contradicción, facilitándose respuestas ágiles, fundamentadas y, porque no decirlo, fieles al ideal particular de justicia del juzgador) implica la negación del propio espíritu de la mediación, la autonomía y la libertad individual; lo cual, entendemos, no quiere decir que no sea apropiado, es más, sería entendible tender a ello. El juez es el mejor mediador, sin duda. Pero, ¿lo es la administración de justicia?

En este sentido, la mediación debe plantearse como un instrumento de resolución de conflictos en el ámbito privado, lo que no quiere decir que deba realizarse una reforma profunda del proceso, otorgándose a los juzgadores “roles” de mediadores, en aras de soluciones que verdaderamente asuman convencidamente los justiciables como protagonistas del acuerdo (decisión). En las facultades de derecho se dice que los jueces hablan en sus resoluciones judiciales, pero ¿por qué no hacerlo por sí mismos? Su postura es muy importante, pues se fundamenta en el conocimiento y experiencia en el derecho. En nuestra historia, durante mucho tiempo, los jueces basaron sus resoluciones judiciales en su experiencia (*scire per se*); solo a partir de la Escuela de Bolonia, sobre las construcciones doctrinales de, entre otros, Durante, Martin de Fano y Aegidius de Fuscarario, se determinó un proceso basado en estadios, donde se concluía con una resolución que se fundamentaba sobre la base de lo alegado y probado (*secundum allegata et probata*). De esta forma, la aportación del conocimiento y de la experiencia de los jueces sería muy importante para la resolución de conflictos individuales.

Pero del mismo modo, se hace muy importante también la experiencia de quienes habitualmente ejercitan en todos los ámbitos el derecho en cuanto han hecho de ello su profesión. Además, muchas de las decisiones judiciales descansan en los informes periciales que se aportan al proceso, de tal forma que, en la mediación, se hace necesaria en muchas ocasiones la participación de profesionales de todos los ámbitos del conocimiento.

Por tanto, se haría necesario un sistema mixto: por una parte, con un proceso más basado en la intermediación judicial y la participación proactiva de las partes y el juzgador, en aras de la resolución satisfactoria del conflicto; y por otra parte, una racionalización de la mediación privada, a partir de la necesaria aplicación del derecho, de acuerdos basados en la voluntariedad de las partes y en el conocimiento y experiencia jurídica del mediador o instituto de mediación y la colaboración de otros profesionales que puedan aportar el saber más diverso.

En este orden de ideas, se hace muy interesante el estudio de la experiencia portuguesa en cuanto a la instauración de los denominados “Juzgados de Paz”.

Los juzgados de paz en Portugal son creados por la *Lei 78/2001, de 13 de julho, de Juzgados de Paz*, los cuales tienen como fin general la participación de los ciudadanos y la estimulación del acuerdo entre las partes, a partir de un proceso simple, informal, oral y sometido al principio de economía procesal (art. 2).

La mediación no es simplemente poner de acuerdo a dos sujetos o partes en un conflicto de índole jurídico

Entre la competencia de los juzgados de paz portugueses por razón de la materia se encuentra, en general, las siguientes (*in fine*, arts. 9 y 11): Cumplimiento de obligaciones, salvo excepciones relativas a las denominadas personas colectivas; entrega de cosas muebles; propiedad horizontal, siempre que exista previo pacto o compromiso arbitral; resolución de litigios entre predios colindantes; acciones posesorias, prescripción adquisitiva y accesión; derechos de uso y administración de copropiedades, superficie, usufructo, uso, y habitación; arrendamientos urbanos, excepto desahucios; responsabilidad civil; incumplimiento contractual, excepto el contrato de trabajo y el arrendamiento rústico; acciones de garantía general de las obligaciones; la responsabilidad civil derivada de delitos menores; y, por último, acciones reales de goce sobre bienes inmuebles y la división de la cosa común.

Sobre la norma, debemos decir que echamos en falta cualquier referencia a los actos de consumo y las acciones específicas que de ellos se derivan. Entendemos que dentro de las materias que hemos descrito, se integran en las mismas, si bien, dada la peculiaridad de esos juzgados, de cercanía al ciudadano, deberían constar sus actos más habituales, como son sus relaciones de consumo.

De acuerdo con el artículo 16, en cada juzgado de paz existirá un servicio de mediación disponible para los interesados como forma de resolución alternativa de conflictos, cuyo objetivo es la estimulación de la solución del litigio por acuerdo de las partes. Dicha mediación tiene como límite la indisponibilidad de los derechos subjetivos por las partes.

La mediación en el ámbito de estos juzgados, a pesar de que se trata de órganos públicos, tiene carácter privado (art. 35.1), lo cual, se hace relevante, relegando la solución litigiosa al ámbito de las partes, a su capacidad de decisión, a su libertad, lo cual nos parece una solución muy acertada, pues se diferencia claramente entre acuerdo y proceso. En este sentido, continua la norma, la mediación es informal, confidencial, voluntaria y no contenciosa, de tal forma que se deben participar activa y directamente para buscar soluciones amigables y negociadas al conflicto.

En cuanto al papel del mediador, es la persona que organiza y dirige la mediación, cuya misión es poner por encima sus conocimientos prácticos y preparación teórica al servicio de las partes, con el fin de llegar a una solución mediada, mejor y más justa (art. 35.3).

En cuanto a su estatuto jurídico, los mediadores serán profesionales independientes y habilitados para prestar el servicio de mediación, de acuerdo con los principios de imparcialidad, independencia, credibilidad, competencia, confidencialidad y diligencia profesional (art. 30). No es necesaria la licenciatura en derecho, pero si una licenciatura adecuada, además de un curso reconocido oficialmente en mediación (art. 31).

El procedimiento comienza con la denominada “premediación”, que de acuerdo con los artículos 49 y 50, desde que es recibida la reclamación, se realiza una serie de actos previos, siempre que las partes así lo deseen. Tiene como objetivo explicar a las litigantes en qué consiste la mediación y verificar la posibilidad o predisposición de ellos para llegar a un acuerdo. Si se verifica la disposición a llegar a un acuerdo, comienza de inmediato la mediación con la elección del mediador, en caso contrario, se fija fecha para audiencia o juicio. El mediador que realice la premediación, en ningún caso podrá ser el mediador en fase de mediación propiamente dicha.

La mediación, según el artículo 53, tiene como principal objetivo proporcionar a las partes la posibilidad de resolver sus divergencias de forma amigable y concertada; a partir de su cooperación en la resolución del litigio bajo la dirección del mediador.



Además, entre las funciones del propio juez de paz, está la de proferir, de acuerdo con la ley o la equidad (art. 26) las soluciones al caso, procurando previamente la conciliación de las partes.

## **4. El arbitraje de consumo en España y Portugal: generalidades**

El arbitraje de consumo en España se regula en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (en adelante RDSAC), el cual, desde el punto de vista sistemático, regula toda una serie de disposiciones generales, la organización del sistema arbitral de consumo, el convenio arbitral, el procedimiento arbitral, además del arbitraje de consumo electrónico y el arbitraje de consumo colectivo.

El arbitraje de consumo se rige por lo dispuesto en la presente norma y, en lo no previsto en ella, por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, LA).

El arbitraje de consumo, se configura como el arbitraje institucional de resolución extrajudicial, de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales, en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor (art. 1.2).

Por su parte, como hemos expuesto más arriba, la protección de los consumidores en Portugal se concreta en la *Lei 24/1996*, de 31 de julio, la cual establece el régimen legal aplicable en defensa de los consumidores, la cual, en su artículo 10, se contiene la acción inhibitoria destinada a prevenir, corregir o hacer cesar cualquier práctica lesiva de los derechos del consumidor; además de la acción de reparación de daños, del artículo 12.

La regulación de la resolución alternativa de conflictos se encuentra en la *Lei 63/2011*, de 14 de diciembre, de arbitraje voluntario, la cual incluye tres vías: la mediación, la conciliación y el arbitraje. Se contiene toda una serie de disposiciones sobre: el convenio arbitral, los árbitros y el tribunal arbitral, competencia, medidas cautelares y actuaciones preliminares, ejecución de medidas, procedimiento arbitral, sentencia arbitral y terminación del proceso, impugnación de la resolución arbitral y ejecución de sentencia; además del arbitraje internacional.

Se advierte, que en el ordenamiento jurídico portugués no existe norma especial dedicada específicamente al arbitraje de consumo, sino una norma general sobre el arbitraje voluntario.

## 5. Objeto del arbitraje de consumo

En España, de acuerdo con el artículo 2 del RDSAC, las materias objeto de arbitraje de consumo, únicamente podrán ser objeto del mismo los conflictos entre consumidores y empresas y profesionales que versen sobre materias de libre disposición de las partes conforme a derecho. No obstante lo previsto en el apartado anterior, no podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquéllos en que existan indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos, conforme a lo previsto en el artículo 57.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

De acuerdo con el artículo 2.1 LA, son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho.

Por tanto, la materia objeto de arbitraje viene determinada por los derechos subjetivos del consumidor y usuario, cuya libre disposición no venga a contravenirse por norma imperativa o dispositiva.

En el ordenamiento jurídico portugués, el objeto del arbitraje puede ser cualquier controversia de intereses de naturaleza patrimonial o sobre el que las partes puedan celebrar transacción (art. 1 *Lei da Arbitragem Voluntária*), por tanto, se incluyen los conflictos derivados de las relaciones de consumo.

Si bien, mientras las normas españolas no nos informan de limitación alguna en razón de la cuantía del proceso arbitral de consumo, el sistema portugués si limita, aunque no en todos los casos; pero no de forma uniforme, sino dependiendo del centro de arbitraje de que se trate. Así de esta forma, entre otros, el Centro de Algarve tiene como límite 14.963,94 euros; el Centro del Distrito de Coimbra 5.000 euros; el Centro de Lisboa 5.000 euros; el Centro de la Región Autónoma de Madeira 30.000 euros; el Centro de Porto no tiene límite; etc.

Esta circunstancia no es entendible, por ello nos parece que ante los inconvenientes que se producen, se haría necesario una legislación uniforme en torno al arbitraje de consumo como es el caso de la contenida en el ordenamiento jurídico español.

## 6. El arbitraje necesario en Portugal en el caso de los servicios públicos esenciales

Una de los aspectos muy positivos, a nuestro entender, del ordenamiento jurídico portugués, es que, en materia de contratación sobre servicios públicos esenciales, se hace necesario el arbitraje de consumo en el caso de controversia o conflicto con los usuarios. Dicha obligación se reconoce en la *Lei 6/2011*, de 10 de marzo, la cual modifica la *Lei 23/1996*, de 26 de julio, por la que se crea algunos mecanismos destinados a proteger al usuario de servicios públicos esenciales. De esta forma, el artículo 15 de la *Lei 23/1996* dispone que los litigios de consumo en el ámbito de los servicios públicos esenciales están sujetos a arbitraje necesario, por expresa opción de los usuarios que sean personas físicas para someterse al tribunal arbitral de centros de arbitraje de litigios de consumo legalmente autorizados.

Los servicios públicos esenciales son los suministros de agua, energía eléctrica, gas y teléfono, de acuerdo con el artículo 1 de la *Lei 23/1996*.

En España no existe norma similar, de esta forma, los conflictos derivados de dichos servicios pueden resolverse en mediación y arbitraje de consumo siempre y cuando la empresa se adhiera al Sistema Arbitral de Consumo, en otro caso, por aceptación de la reclamación interpuesta por el consumidor; de cualquier forma, serán los tribunales ordinarios los competentes.

## 7. Organización del Sistema Arbitral de Consumo en España

De acuerdo con el artículo 4 RDSAC, el Sistema Arbitral de Consumo se organiza a través de las Juntas Arbitrales de Consumo, la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo, el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo y los órganos arbitrales.

Por lo que nos interesa, nos referiremos en exclusiva a las juntas arbitrales de consumo, las cuales son los órganos administrativos de gestión del arbitraje institucional de consumo y prestan servicios de carácter técnico, administrativo y de secretaría, tanto a las partes como a los árbitros. Son juntas arbitrales de consumo, la Junta Arbitral Nacional y las juntas arbitrales territoriales o sectoriales (art. 5 RDSAC).

Las juntas arbitrales de consumo desempeñan las siguientes funciones (art. 6 RDSAC):

a) Fomentar el arbitraje de consumo entre empresas o profesionales, consumidores o usuarios y sus respectivas asociaciones, procurando la adhesión de las empresas o profesionales al Sistema Arbitral de Consumo mediante la realización de ofertas públicas de adhesión.

b) Resolver sobre las ofertas públicas de adhesión y conceder o retirar el distintivo de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo, así como gestionar y mantener actualizados los datos de las empresas o profesionales que estén adheridos al Sistema Arbitral de Consumo a través de la junta arbitral de consumo.

c) Comunicar al registro público de empresas adheridas al Sistema Arbitral de Consumo los datos actualizados de las empresas o profesionales que hayan realizado ofertas públicas de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo a través de la junta arbitral de consumo.

d) Dar publicidad de las empresas o profesionales adheridos al Sistema Arbitral de Consumo mediante ofertas públicas de adhesión, en particular en el respectivo ámbito territorial.

e) Elaborar y actualizar la lista de árbitros acreditados ante la junta arbitral de consumo.

f) Asegurar el recurso a la mediación previa al conocimiento del conflicto por los órganos arbitrales, salvo que no proceda conforme a lo previsto en el artículo 38.

g) Gestionar el archivo arbitral, en el que se conservarán y custodiarán los expedientes arbitrales.

h) Llevar los libros de registro relativos a los procedimientos arbitrales a través de las aplicaciones informáticas correspondientes y, en su defecto, manualmente.

i) Gestionar, custodiar o depositar ante la institución que se acuerde los bienes y objetos afectos a los expedientes arbitrales, cuando lo acuerde el órgano arbitral que conozca del conflicto o el presidente de la junta arbitral, a solicitud de las partes antes de la designación del órgano arbitral.

j) Impulsar y gestionar los procedimientos arbitrales de consumo.

k) Proveer de medios y realizar las actuaciones necesarias para el mejor ejercicio de las funciones de los órganos arbitrales y, en su caso, de los mediadores.

l) Gestionar un registro de laudos emitidos, cuyo contenido, respetando la privacidad de las partes, será público.

m) Poner a disposición de los consumidores o usuarios y de las empresas o profesionales formularios de solicitud de arbitraje, contestación y aceptación, así como de ofertas públicas de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo.

n) En general, cualquier actividad relacionada con el apoyo y soporte a los órganos arbitrales para la resolución de los conflictos que se sometan a la junta arbitral de consumo.

Las juntas arbitrales de consumo estarán compuestas (art. 7 RDSAC) por un presidente y un secretario, y los órganos arbitrales, además del personal de apoyo.

En cuanto a la competencia de la juntas arbitrales de consumo (art. 8 RDSAC), éstas son competentes para conocer de las solicitudes individuales de arbitraje de los consumidores o usuarios, la junta arbitral de consumo a la que ambas partes, de común acuerdo, sometan la resolución del conflicto. En defecto de acuerdo de las partes, será competente la junta arbitral territorial en la que tenga su domicilio el consumidor. Si conforme a este criterio existieran varias juntas arbitrales territoriales competentes, conocerá el asunto la de inferior ámbito territorial. Cuando exista una limitación territorial en la oferta pública de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo, será competente la junta arbitral de consumo a la que se haya adherido la empresa o profesional, y si éstas fueran varias, aquélla por la que opté el consumidor.

La verdadera  
mediación requiere  
un ajuste de  
los derechos en  
aras del interés  
particular común  
de las partes

Los órganos arbitrales podrán ser unipersonales o colegiados y son los competentes para decidir sobre la solución de los conflictos. Del mismo modo, el órgano arbitral estará asistido por el secretario arbitral, al que corresponde velar por el cumplimiento de todas las decisiones que adopten los órganos arbitrales en el ejercicio de su función (art. 18 RDSAC).

El órgano arbitral será unipersonal cuando las partes así lo acuerden o lo decida el presidente de la junta arbitral de consumo, siempre que la cuantía de la controversia sea inferior a 300 € y que la falta de complejidad del asunto así lo aconseje (art. 19 RDSAC). En otro caso, conocerá de los asuntos un colegio arbitral integrado por tres árbitros acreditados elegidos cada uno de ellos entre los propuestos por la administración, las asociaciones de consumidores y usuarios y las organizaciones empresariales o profesionales. Los tres árbitros actuarán de forma colegiada, asumiendo la presidencia el árbitro propuesto por la administración (art. 20 RDSAC).

## 8. Organización del Sistema Arbitral de Consumo en Portugal

Desde 1986, se reconoce la posibilidad en Portugal de dirimir los conflictos intersubjetivos en materia de consumo, entre empresarios y consumidores, a través del arbitraje institucional en los centros de arbitraje. Tiene carácter voluntario para los justiciables y se parte de la aceptación de los mismos. Se estructura tanto en órganos de carácter general como de carácter sectorial.

La resolución de los conflictos pueden resolverse, además del propio arbitraje, a través de otros sistemas alternativos como es la mediación y la conciliación, a partir de los principios de imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad; estableciéndose como una fase previa al procedimiento arbitral.

Los centros de arbitraje se regulan por Decreto-Lei 60/2011, de 6 de mayo, de Arbitraje Institucionalizado (RNCAI). Entre sus objetivos se encuentra:

- La información al ciudadano.
- Funcionamiento de los tribunales arbitrales que lo integran.
- Realización de estadísticas relevantes en cuanto al funcionamiento de los centros.
- Creación y promoción de mecanismos e instrumentos de cooperación de los centros de arbitraje integrados en el RNCAI.

En materia de consumo, en términos geográficos, existen centros que abarcan los concejos de los distritos de Braga, Guimarães, Porto, Coimbra, Lisboa y la Región de Algarve y la Región Autónoma de Madeira. Como centros de arbitrajes sectoriales existen: uno para el ámbito del sector del automóvil y otro para el sector del seguro del automóvil.

En cuanto a los componentes del tribunal arbitral, podrá constituirse por un solo árbitro o por varios, siempre que sea en número impar; siendo tres por defecto.

## 9. El convenio arbitral de consumo

El convenio arbitral es el acuerdo escrito entre consumidor y empresario por el que conviene la resolución de las controversias que puedan surgir o hayan surgido a través del Sistema Arbitral de Consumo. Puede formalizarse a través de un acuerdo independiente o mediante cláusula incorporada a un contrato de consumo.

En general, las empresas y profesionales se adhieren a la oferta pública del Sistema Arbitral de Consumo, de tal forma, que bastará la reclamación del consumidor para que quede válidamente constituida la relación jurídico-procesal. Igualmente, se entenderá válidamente formalizado el convenio arbitral por la mera presentación de la solicitud si consta acreditado que ésta se formaliza durante el tiempo en el que la empresa o profesional utiliza el distintivo público de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo, aun cuando carezca del derecho a tal uso conforme a lo previsto en esta norma (art. 24 RDSAC).

En el caso de que no conste la adhesión al Sistema Arbitral de Consumo o convenio que acredite tal circunstancia, la junta arbitral de consumo, recibida una solicitud de arbitraje, dará traslado al reclamado para su aceptación (art. 24 RDSAC).

Por su parte, en el ordenamiento jurídico portugués, de acuerdo con el artículo 1 de la *Lei da Arbitragem Voluntária*, el convenio arbitral puede tener origen en un litigio actual en el que las partes acuerdan su sometimiento (compromiso arbitral) o, los conflictos futuros que deriven de una relación jurídica contractual o extracontractual (cláusula compromisaria).

El convenio arbitral debe formalizarse por escrito o cualquier medio análogo, incluidos los medios electrónicos, o como cláusula contenida en un contrato escrito, debiéndose determinar, en todo caso, el objeto litigioso (art. 2 *Lei da Arbitragem Voluntária*).

Desde el punto de vista del derecho comparado, no existe diferencia alguna significativa entre ambos ordenamientos jurídicos.

## 10. La solución del litigio

De acuerdo con la normativa española, el arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho, si bien, las normas jurídicas aplicables y las estipulaciones del contrato servirán de apoyo a la decisión en equidad que, en todo caso, deberá ser motivada (art. 33 RDSAC).

Por contra, de acuerdo con el ordenamiento jurídico portugués, la decisión deberá ser de derecho, salvo que las partes acuerden la decisión en equidad, de acuerdo con el artículo 39 de la *Lei da Arbitragem Voluntária*. La razón es que dicha norma se refiere al arbitraje en general, al igual que la Ley de Arbitraje española; si bien, en materia de consumo, como hemos expuesto, es en equidad debido a la normativa especial.

## 11. El arbitraje de consumo por medios electrónicos en España

Una de las particularidades de la legislación española es la regulación del arbitraje de consumo por medios electrónicos.

De esta forma, el Real-Decreto 831/2008 regula el arbitraje de consumo fue el establecimiento del mismo a través de medios electrónicos. Dicha novedad es un mandato de la Ley 44/2006, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, la cual prevé en su disposición final sexta la regulación del arbitraje virtual.

Con anterioridad, el Consejo Europeo extraordinario de Lisboa (marzo de 2000): hacia la Europa de la innovación y el conocimiento y la declaración europea i2010, para el desarrollo de la sociedad de la información, incluyen a los servicios públicos en línea como uno de sus pilares básicos.

En este sentido, el RDSAC es un impulso para la utilización de las tecnologías de la información; más concretamente en todas las fases del procedimiento de arbitraje.

Desde el punto de vista sistemático, el arbitraje de consumo electrónico se regula en el RDSAC en la sección primera del capítulo V, con la rúbrica “arbitraje de consumo electrónico”.

La primera cuestión que hemos de plantearnos acerca del arbitraje de consumo virtual es sobre sus fuentes. Independientemente de la vieja, pero no menos interesante, polémica doctrinal entre civilistas y procesalistas acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje.

En este sentido, el artículo 3 RDSAC dispone que dicho procedimiento se ha de sustanciar fundamentalmente por sus propios preceptos y subsidiariamente por la Ley 60/2003 de Arbitraje y la Ley 11/2007 de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, además de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en cuanto al funcionamiento de la juntas arbitrales de consumo y la notificación.

El órgano competente para el establecimiento del arbitraje de consumo electrónico es el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo, integrado por una amplia representación de la Administración General del Estado, de las juntas arbitrales de consumo y de las organizaciones sociales, se le encomiendan las funciones relativas al establecimiento de criterios generales del funcionamiento del sistema



En el RDSAC se establece que (artículo 51.3), «Las Administraciones públicas competentes en materia de consumo fomentarán la utilización del arbitraje de consumo electrónico para resolución de los conflictos».

De acuerdo con la Ley 11/2007, los principios del arbitraje de consumo electrónico son:

- El respeto al derecho a la protección de datos de carácter personal en los términos establecidos por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de los Datos de Carácter Personal, en las demás leyes específicas que regulan el tratamiento de la información y en sus normas de desarrollo.

- Principio de igualdad con objeto de que en ningún caso el uso de medios electrónicos pueda implicar la existencia de restricciones o discriminaciones para los ciudadanos que se relacionen con las Administraciones Públicas por medios no electrónicos.

- Principio de accesibilidad a la información y a los servicios por medios electrónicos.

- Principio de legalidad en cuanto al mantenimiento de la integridad de las garantías jurídicas de los ciudadanos.

- Se garantizará el reconocimiento mutuo de los documentos electrónicos y de los medios de identificación y autenticación.

- Principio de proporcionalidad en cuya virtud sólo se exigirán las garantías y medidas de seguridad adecuadas a la naturaleza y circunstancias de los distintos trámites y actuaciones. Asimismo sólo se requerirán a los ciudadanos aquellos datos que sean estrictamente necesarios en atención a la finalidad para la que se soliciten.

- Principio de responsabilidad y calidad en la veracidad y autenticidad de las informaciones y servicios ofrecidos por las Administraciones Públicas a través de medios electrónicos.

- Principio de neutralidad tecnológica y de adaptabilidad al progreso de las técnicas y sistemas de comunicaciones electrónicas garantizando la independencia en la elección de las alternativas tecnológicas por los ciudadanos y por las Administraciones Públicas, así como la libertad de desarrollar e implantar los avances tecnológicos en un ámbito de libre mercado. A estos efectos las Administraciones Públicas utilizarán estándares abiertos así como, en su caso y de forma complementaria, estándares que sean de uso generalizado por los ciudadanos.

- Principio de simplificación administrativa, por el cual se reduzcan de manera sustancial los tiempos y plazos de los procedimientos administrativos, logrando una mayor eficacia y eficiencia en la actividad administrativa.

– Principio de transparencia y publicidad del procedimiento, por el cual el uso de medios electrónicos debe facilitar la máxima difusión, publicidad y transparencia de las actuaciones administrativas.

Hasta aquí se hace conveniente distinguir dos figuras relacionadas pero independientes cual es la formación de la voluntad de sumisión al arbitraje de consumo por medios electrónicos; y el posterior procedimiento, en caso de conflicto. Es decir, entre convenio arbitral electrónico y el arbitraje de consumo electrónico.

Es obvio partir de la naturaleza voluntaria del arbitraje de consumo y de su naturaleza contractual.

De esta forma, el convenio arbitral electrónico entra dentro de la categoría de contratos electrónicos cuya nota característica es su forma, o más bien, la forma de prestación del consentimiento a través de medios electrónicos. Por lo que, puede definirse el contrato de arbitraje electrónico como «un acuerdo de voluntades de dos o más personas distantes una o unas de otras generado a través del medio electrónico y dirigido a crear obligaciones entre ellas».

En efecto, las particularidades del contrato electrónico respecto al tradicional es la utilización del medio electrónico para la formación de la voluntad, la que denominamos «forma electrónica de consentir», y, a través del medio electrónico, permanece, en la mayoría de las ocasiones, prueba cierta del negocio o documento electrónico, pues, en definitiva, es un contrato escrito *sui generis*.

El artículo 24 RDSAC admite expresamente el convenio arbitral por medios electrónicos al determinar que dicho convenio deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en intercambio de cartas, telegramas, telex, fax u otros medios de comunicación electrónica que permitan tener constancia del acuerdo, considerándose cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

Y dicho contrato puede tener virtualidad jurídica como cláusula incorporada a un contrato celebrado por medios electrónicos o contrato electrónico; como acuerdo independiente, lo cual entraría en el concepto de los modernamente denominados por la praxis contractual “e-contratos”; o, por último, por la mera presentación de la solicitud electrónica si consta acreditado que ésta se formaliza durante el tiempo en el que la empresa o profesional utiliza el distintivo público de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo o a partir de la oferta pública de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo (artículo 25).

El arbitraje de consumo electrónico se configura como un derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas utilizando medios electrónicos para el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como para obtener informaciones, realizar consultas y alegaciones, formular solicitudes, manifestar consentimiento, entablar pretensiones, efectuar pagos, realizar transacciones y oponerse a las resoluciones y actos administrativos.

El artículo 51 RCSAC hace interpretación auténtica y dispone que el arbitraje de consumo electrónico es aquel que se sustancia íntegramente, desde la solicitud de arbitraje hasta la terminación del procedimiento, incluidas las notificaciones, por medios electrónicos, sin perjuicio de que alguna actuación arbitral deba practicarse por medios tradicionales.

La normativa sobre mediación debe determinar los principios que en cada materia rigen en nuestro sistema

Del concepto se desprende que para que podamos hablar de arbitraje de consumo electrónico tanto el inicio, como la sustanciación y terminación deberá realizarse por medios electrónicos, independientemente de que ciertas actuaciones no puedan desarrollarse por este medio.

Para la sustanciación del procedimiento, debe establecerse en cada junta arbitral de consumo una sede electrónica, la cual se configura como aquella dirección electrónica disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones cuya titularidad, gestión y administración corresponde a una Administración Pública, órgano o entidad administrativa en el ejercicio de sus competencias.

El procedimiento electrónico se inicia mediante la presentación a través de medios electrónicos por parte de los consumidores y usuarios de la solicitud de sus pretensiones; dicha presentación electrónica podrá realizarse a través de la sede electrónica o mediante correo electrónico.

Las condiciones es que quede constancia de dicha solicitud y prueba de la autenticidad o autoría, mediante la identificación de los consumidores y autenticación de su actuación. En este sentido, el artículo 53 RDSAC, dispone que sin perjuicio de la utilización de otras técnicas que aseguren la autenticidad de la comunicación y la identidad del remitente, el uso de la firma electrónica garantiza la autenticidad de las comunicaciones y la

identidad de las partes y del órgano arbitral. Se echa en falta la referencia al DNI electrónico.

En cuanto a las reglas de competencia, el artículo 52 dispone que la competencia para conocer de las solicitudes de arbitraje se determinará conforme a las reglas previstas en el artículo 8, entre las juntas arbitrales adscritas al arbitraje de consumo electrónico.

En cuanto al lugar del arbitraje, el artículo 55 dice que el lugar de celebración del arbitraje de consumo electrónico es aquel en el que tenga su sede la junta arbitral de consumo o la delegación territorial de la junta arbitral competente para conocer el procedimiento, salvo que en el laudo dictado figure un lugar distinto, en cuyo caso se entenderá como lugar de celebración del arbitraje aquel en el que se hubiera dictado el laudo.

Seguidamente, la junta arbitral intentará la mediación, la cual puede realizarse por medios electrónicos.

El artículo 44 RDSAC determina que la audiencia podrá realizarse a través de medios electrónicos: «La audiencia a las partes podrá ser escrita, utilizando la firma convencional o electrónica, u oral, ya sea presencialmente o a través de videoconferencias u otros medios técnicos que permitan la identificación y comunicación directa de los comparecientes».

En cuanto a la prueba, el artículo 45 dispone que serán admisibles como prueba los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permitan archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y otras operaciones relevantes para el procedimiento.

Más concretamente, en el arbitraje electrónico cuando se acuerde la práctica presencial de la prueba, ésta se realizará por videoconferencia o por cualquier medio técnico que permita la identificación y comunicación directa de los comparecientes.

La notificación de las actuaciones arbitrales y del laudo podrá realizarse por medios electrónicos conforme a la práctica de la junta arbitral de consumo de acuerdo con lo previsto en la Ley 30/1992.

La notificación de las actuaciones arbitrales, incluido el laudo, se realizará conforme se acuerde por las partes; a falta de acuerdo de las partes conforme a la práctica de la junta arbitral de consumo, según lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Más concretamente, las notificaciones se realizarán en la sede electrónica designada por las partes a tales efectos, entendiéndose realizadas a todos los efectos legales el día siguiente a aquel en que conste el acceso al contenido de la actuación arbitral objeto de notificación.

No obstante, si el notificado no hubiera accedido al contenido de la actuación arbitral transcurridos diez días desde la fecha y hora en que se produjo su puesta a disposición, la notificación se considerará que se ha intentado sin efecto, procediéndose a la publicación edictal en las sedes electrónicas de las juntas arbitrales de consumo adscritas al arbitraje de consumo electrónico.

## 12. El arbitraje de consumo colectivo en España

El arbitraje de consumo colectivo, de acuerdo con el artículo 56 RDSAC, es una figura mediante la cual, pueden acumularse en un único procedimiento los conflictos que, en base al mismo presupuesto fáctico, hayan podido lesionar los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, afectando a un número determinado o determinable de éstos.

Según el artículo 58 RDSAC, las actuaciones se iniciarán por acuerdo del presidente de la junta arbitral de consumo competente, de oficio o a instancia de las asociaciones de consumidores representativas en el ámbito territorial en el que se haya producido la afectación a los intereses colectivos de los consumidores o de las juntas arbitrales de inferior ámbito territorial. Adoptado el acuerdo de iniciación de actuaciones, la junta arbitral de consumo requerirá a las empresas o profesionales responsables de los hechos susceptibles de lesionar los derechos e intereses colectivos de los consumidores para que manifestara, en el plazo de 15 días desde la notificación, si aceptan someter al Sistema Arbitral de Consumo la resolución, en un único procedimiento, de los conflictos con los consumidores y usuarios motivados por tales hechos y, en su caso, para que propongan un acuerdo conciliatorio que satisfaga total o parcialmente los derechos de los potenciales consumidores o usuarios afectados.

Si las empresas o profesionales no aceptan la adhesión al Sistema Arbitral de Consumo en este único procedimiento arbitral, se procederá al archivo de las actuaciones sin más trámite, dando traslado a todas las juntas arbitrales de consumo y, en su caso, a quién instó la iniciación del procedimiento.